



Roj: **SAN 5245/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:5245**

Id Cendoj: **28079230082019100748**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **20/12/2019**

Nº de Recurso: **263/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000263 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02556/2016

Demandante: "Telefónica de España SAU"

Procurador: D^a MARÍA DEL CARMEN ORTÍZ CORNAGO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: "ORANGE ESPAÑA SA", VODAFONE ESPAÑA SAU Y VODAFONE ONO SAU

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

SENTENCIA N.º:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a veinte de diciembre de dos mil diecinueve.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso n.º **263/2016**, seguido a instancia de "**Telefónica de España SAU**", representada por la Procuradora de los Tribunales **D^a María del Carmen Ortíz Cornago**, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. Han intervenido como codemandados "**Orange España SA**", con asistencia letrada y representada por el Procurador de los Tribunales **D. Roberto Alonso Verdú y Vodafone España SAU y Vodafone Ono SAU**, con asistencia letrada y representadas por la Procuradora de los Tribunales **D^a Ascensión de Gracia López Orcera**.



El recurso versó sobre impugnación de resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), la cuantía se estimó indeterminada, e intervino como ponente el Magistrado **Don Santiago Soldevila Fragoso**. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 37.1 de la Ley 11/1998 de 24 de abril General de Telecomunicaciones, se estableció el concepto de servicio universal de telecomunicaciones, definido como el conjunto de servicios de telecomunicaciones con una calidad determinada, accesibles a todos los usuarios con independencia de su localización geográfica y a un precio asequible, permitiendo el artículo 38 designar un prestador del mismo, entre los operadores dominantes en una zona determinada.

2. Mediante la Disposición Transitoria Tercera de dicha Ley se encomendó a TESAU la prestación de dicho servicio hasta el ejercicio de 2005, inclusive.

3. El artículo 39.1 de la citada Ley de 1998, impuso a la Comisión Nacional del Mercado y de las Telecomunicaciones (CMT), determinar si la obligación de la prestación del servicio universal implica una desventaja competitiva, o no, para los operadores que la lleven a cabo, precisando que en el primer supuesto, se establecerían y harían públicos los mecanismos para distribuir entre los operadores el coste neto de dicha prestación.

4. La extinta CMT, mediante resolución de 29 de noviembre de 2007 determinó que el cálculo del coste neto del servicio universal (CNSU) para los ejercicios 2003 a 2005.

5. Contra dicha resolución, France Telecom España, S.A. (en la actualidad Orange) y Vodafone España, S.A. interpusieron sendos recursos de reposición que fueron resueltos de forma estimatoria parcial por resolución de la CMT de 8 de mayo de 2008.

6. Para el cálculo del CNSU, dicha resolución estableció lo siguiente:

- Para el período 1 de enero a 4 de noviembre de 2003 debía emplearse el concepto de desventaja competitiva, llegando a la conclusión de que en dicho período TESAU no la había sufrido, siendo improcedente el empleo del concepto "carga injustificada", que se había empleado en la resolución de 29 de noviembre de 2007.

- El concepto de "carga injustificada", empleado a dichos efectos por la Ley 32/2003 de 3 de noviembre General de Telecomunicaciones, solo resulta aplicable a los servicios prestados con posterioridad a la entrada en vigor de la misma.

- En consecuencia, el CSNU de los ejercicios anteriores debía ser calculado conforme a la Ley de 1998, que únicamente reconocía el coste cuando el prestador del servicio universal hubiera sufrido una "desventaja competitiva".

7. Como consecuencia de esta segunda resolución, la cuantía final de CNSU reconocida a Telefónica se redujo significativamente.

8. Telefónica interpuso recurso contencioso administrativo, que dio lugar a los autos 119/2008, y que finalizó con la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2011, confirmada por el Tribunal Supremo mediante sentencia de 22 de julio de 2014.

9. La Audiencia Nacional estimó en parte el recurso con las siguientes consecuencias:

- La CMT, con retroacción del procedimiento, deberá pronunciarse sobre la existencia o no de una desventaja competitiva para TESAU, como consecuencia de la prestación del servicio universal entre el día 1 de enero de 2003 y 4 de noviembre de 2003.

- La CMT, con retroacción del procedimiento, deberá realizar un nuevo cálculo del beneficio no monetario correspondiente al CSNU relativo a los ejercicios 2003 a 2005, respecto de la valoración de la imagen de marca del operador, las ventajas derivadas de la ubicuidad y la valoración de los clientes y grupo de clientes, teniendo en cuenta su ciclo de vida, en los términos establecidos en la misma sentencia.

- Finalmente, también anula la resolución en cuanto a la determinación del coste neto del servicio de información y de guías, debiendo incluir en el nuevo cálculo los costes vinculados correspondientes al servicio de terminación en los servicios de operadores.



10. Mediante resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 10 de marzo de 2016 se acordó lo siguiente:

"Ejecutar la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2011, con número de recurso contencioso-administrativo 119/2008, en los siguientes términos:

-Declarar que la carga derivada de la prestación del servicio universal en todo el territorio nacional por parte de Telefónica de España, S.A. Unipersonal en el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 4 de noviembre de 2003 no supuso una desventaja apreciable en su capacidad de competir, no estando justificada la puesta en marcha del Fondo Nacional de Financiación del Servicio Universal para dicho periodo, de acuerdo con lo señalado en el Fundamento Jurídico Tercero de la presente resolución".

-Tras analizar y valorar la utilización de la metodología del informe pericial de Telefónica y la del informe de Urbano, en los términos expuestos por la citada sentencia, estimar el cálculo del beneficio no monetario derivado de la mejora en la imagen de marca, de acuerdo con lo señalado en el Fundamento Jurídico Cuarto de la presente resolución.

-Tras analizar y valorar la utilización de la metodología del informe pericial de Telefónica y la del informe de Urbano, en los términos expuestos por la citada sentencia, confirmar el cálculo de los beneficios no monetarios derivados de la ubicuidad y ciclo de vida de los clientes, en los términos expuestos en la Resolución de 29 de noviembre de 2007, por los motivos esgrimidos en el Fundamento Jurídico Cuarto de la presente resolución".

SEGUNDO: Por la representación de la actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución precedente, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

1. Existencia de una desventaja competitiva para Telefónica de España SAU (TESAU) por la prestación del servicio universal durante el período 01/01/2003 a 04/11/2003.

1. Idea previa:

a) El concepto "desventaja competitiva" aparece en el artículo 39.1 la Ley GT de 1998, señalando que en caso de existir, se harán públicos los mecanismos para distribuir entre los operadores el coste neto de dicha prestación.

b) La Audiencia Nacional (SAN 21/10/2014) ha señalado sobre la desventaja competitiva que:

-Se trata de un concepto jurídico indeterminado cuya concreción no es discrecional,

-Si el coste neto del servicio universal es positivo existe un indicio en favor de su existencia y, se opone al concepto legal que la sustituye "carga injustificada".

-Si existe un equilibrio en el mercado, la designación de un único operador para prestar el 100% del coste neto del servicio universal implicaría una distorsión de la competencia efectiva, esto es una "desventaja competitiva".

-Por el contrario, la "carga injustificada" existe cuando hay un reparto injusto de las cargas sociales exigiendo un sacrificio especial a un operador, con independencia de la ventaja o desventaja competitiva que resulte.

c) Hay que vincular el concepto "desventaja competitiva" con el de mercado en situación de competencia efectiva, ya que dicho concepto está ligado a las obligaciones impuestas a operador que, por razones históricas, tenía un peso dominante en el mercado.

d) Hay que vincular también el concepto desventaja competitiva con el de libertad de empresa, que queda restringido por la obligación de prestar un servicio universal, agravada por el hecho de que TESAU es el único obligado a asumir su coste neto, extremo este último que solo sería admisible en un supuesto de desequilibrio del mercado.

Por lo tanto, la CNMC debió investigar si los competidores de TESAU competían eficazmente en 2003, mientras que lo que hizo fue verificar si TESAU tenía en 2003 capacidad para ser competitivo en 2003, a pesar de asumir el total coste neto del servicio universal.

2. Necesidad de examinar la desventaja competitiva teniendo en cuenta para la delimitación del mercado y comprobar su equilibrio, no solo la telefonía fija y móvil, sino también la redes públicas.

a) Invoca las sentencias de la AN de 03/04/2006 (rec. nº 286/2004) y de 28/11/2006 (rec. nº 802/2003), para concluir que en el cálculo del coste neto universal debe considerar la telefonía fija, la móvil y también la redes públicas, por presentar todas ellas entre sí, efectos sustitutivos.

b) La CNMC en su cálculo excluyó, sin justificación las redes sociales.



3. Divergencias respecto de la motivación de la CNMC:

a) En relación con la cuota de mercado:

-La CNMC fijó la cuota de TESAU en 2003, en un 39,30 %, omitiendo en su delimitación el examen de las redes públicas en las zonas no rentables y concluyó, erróneamente, que TESAU no sufría una desventaja competitiva.

-Invoca el artículo 75 de las Directrices de la Comisión Europea de 2002, sobre el análisis de mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicación electrónicas (asumido por la SAN de 09/04/2003 rec. nº 214/2000).

-De acuerdo con el mismo, en la práctica de la Comisión, la existencia de una posición dominante, solo suele plantearse a partir del 40% de cuota de mercado. Excepcionalmente, a partir del 25%, añadiendo que el hecho de que una empresa vaya perdiendo su cuota de posición significativa en el mercado, es un indicio de que el mercado va siendo más competitivo.

-La CNMC no analizó si con una cuota superior al 25%, TESAU tenía posición de dominio, pero TESAU acreditó que su cuota empezó a disminuir en 1998 y lo fue haciendo de manera progresiva.

-La CNMC reconoce la pérdida de cuota y lo atribuye a la apertura del mercado, sin que sea ocasionado por la obligación de prestar el servicio universal, lo que es erróneo, ya que a estos efectos, la razón por la que el mercado ha llegado a un punto de equilibrio es irrelevante.

-En consecuencia, el mercado estaba equilibrado y no era necesario la intervención del regulador, debiendo repartirse el coste del servicio entre todos los operadores.

b) En relación con el criterio de volumen de ingresos por cliente:

-La CNMC indica que en 2003, TESAU ingresó en 2003, 543,66 euros por acceso y sus competidores solo 246,10 euros si se tenía en cuenta a todos los prestadores de la telefonía vocal y 317,63 considerando solo la telefonía fija.

-Estima la recurrente que no existe una relación lógica entre los ingresos por cliente y el equilibrio competitivo en el mercado y en todo caso, dicho parámetro ha sido objeto, con el paso del tiempo, de un deterioro progresivo respecto de TESAU.

c) En relación con el factor relativo a la eficiencia de las operaciones:

-La resolución impugnada invoca el criterio de eficiencia operativa, calculada como margen operativo (EBITDA) sobre ingresos de operaciones, alcanzando una cifra del 52,1 %, siendo la media en el mercado de telefonía fija de 2003, el 41,9% y excluyendo a TESAU sería del 20% para los demás operadores. En términos de cash-flow libre TESAU tendría un 37,09% y los demás operadores un 20,97%

-La recurrente subraya que dicha ratio ha disminuido, pues en 2001 era del 41,46% para TESAU y de un 4,03% para los competidores. Por otra parte no tiene en cuenta que TESAU ha realizado una inversión en infraestructuras, que los demás operadores utilizan sin haber hecho el desembolso, por lo que estima que el mercado está equilibrado.

d) En relación con el factor relativo a los márgenes extraordinarios obtenidos.

-La CNMC se refiere al cálculo de la capacidad que tenía TESAU para remunerar su capital por encima de la tasa aprobada para TESAU por la CMT en relación a 2003, subrayando que el coste neto del servicio universal supondría una desventaja competitiva para TESAU si ésta no pudiera contestar las ofertas de sus competidores si ver menoscabada su rentabilidad.

-La CNMC olvida que la SAN de 21 de octubre de 2004 FJ 10, declaró que no es necesario que se den pérdidas patrimoniales, sino que basta con una carga relevante para el operador que asuma la prestación del servicio universal, que afecte a su rentabilidad global.

II. Sobre el cálculo del beneficio no monetario asociado a la imagen de marca por el improcedente desecho de los criterios sentados por la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2011 .

1. La CNMC, de forma improcedente, desecha la metodología aceptada por la sentencia referida, esto es, la propuesta por el informe de Urbano y el perito propuesto por TESAU, desechando expresamente las tesis del perito propuesto por France Telecom.

2. La premisa para realizar el nuevo cálculo, no retroactiva, es la siguiente: debe tomarse como punto de partida el conocimiento por los usuarios de la prestación por TESAU del servicio universal y la revalorización de la imagen de marca solo puede medirse en las zonas rentables, que son aquellas en las que el usuario puede optar, lo que la CNMC no hizo.



3. Destaca la recurrente que, de acuerdo con la encuesta aportada por TESAU, el 97,3% de los clientes rentables de TESAU desconocían que TESAU prestaba el servicio universal, dato que la CNMC ignora, empleando en su lugar los resultados de una encuesta encargada por la CNMC en la estimación del beneficio por imagen de marca del ejercicio de 2012.

4. La CNMC, al proceder de ese modo, ha ignorado que el texto empleado por TESAU para realizar su encuesta, empleó el mismo texto de las preguntas diseñadas por la consultora de la CMT antes mencionada, bastando que el usuario sepa que TESAU presta el servicio universal.

III. De manera subsidiaria, en cuanto a la imagen de marca. Reformatio in peius en relación con el ejercicio de 2005

1. Se aplican los datos obtenidos por la CNMC en 2012, para calcular la determinación intangible de la marca en relación con el ejercicio de 2005:

-La CNMC justifica su forma de proceder con base en una resolución del TEAC de 7 de mayo de 2015, que descarta la existencia de reformatio in peius cuando en el cómputo global de los tres ejercicios, el resultado final es más favorable para TESAU que el determinado inicialmente.

-Lo anterior infringe lo dispuesto en la SAN de 24 de enero de 2011 que prohibió realizar aplicaciones analógicas del ordenamiento tributario a la regulación de telecomunicaciones.

-Recuerda que el Coste Neto del Servicio Universal (CNSU), es un concepto de cálculo anual, sin compensación entre ejercicios. Si en este caso se realizó un cálculo trianual se debió a la aplicación del entonces vigente artículo 73 de la Ley 30/1992 por acumulación.

-A pesar de que para 2005 se concluyó que los operadores debían contribuir al CNSU por concurrir una carga injustificada, el resultado final perjudica a la recurrente. La reformatio in peius, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, debe analizarse para cada pretensión en concreto y en relación con cada ejercicio independientemente de los demás, siendo incongruente la resolución de la CNMC, ya que de la petición de la recurrente no podía inferirse que para uno de los ejercicios su beneficio no monetario fuera superior al fijado por la CMT (18.257.700 euros).

IV. Sobre el cálculo del beneficio no monetario asociado a la ubicuidad y al ciclo de vida.

1. Invoca el FJ 6 de la sentencia de 24 de enero de 2011 para concluir que concurre un supuesto de irrazonabilidad en la metodología aplicada por la Administración y no una simple falta de motivación, ya que estima que la Administración se extralimitó en el ejercicio de su discrecionalidad técnica.

2. En cuanto a las ventajas derivadas de la ubicuidad (FJ 9 de la sentencia referida):

-Las premisas de cálculo que la sentencia referida valida, son los ya referidos en relación con la imagen de la marca: que los usuarios conozcan que TESAU presta el servicio universal y, por lo tanto, sean fieles a TESAU al migrar de zonas no rentables a zonas rentables, validando la metodología de los informes de la consultora Urbano y de la recurrente, que ponen de manifiesto que solo el 3,6% de los clientes de TESAU de zonas no rentables, conocían el servicio universal y que TESAU era quien lo prestaba, por lo que solo un 1,3% de la población que conoce la obligación de prestación del servicio universal, podía dar origen al beneficio por ubicuidad.

-La CNMC no podía confirmar unos cálculos que habían sido anulados

3. En cuanto a ventajas derivadas de tener acceso a todo tipo de clientes, teniendo en cuentas su ciclo de vida.

-La CNMC aplica la metodología original, por entender que la sentencia referida de la Audiencia Nacional no determina la metodología a aplicar.

-La recurrente destaca que dicha metodología fue anulada por la Audiencia Nacional, dado su carácter irrazonable (FJ 10), avalando la sentencia la misma solución que para el punto anterior.

-La aplicación de dichos parámetros significa que la CNMC debió reconocer para el año 2004 por el referido beneficio no monetario, la cantidad de 36.863 euros y para 2005, la de 83.664,6 euros.

TERCERO: La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. En los mismos términos se pronunciaron las codemandadas "Orange España SA" y Vodafone España SAU y Vodafone Ono SAU.

CUARTO: Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.



QUINTO: Señalado el día 9 de octubre de 2019 para la deliberación, votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SEXTO: Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 10 de marzo de 2016 por la que se acordó ejecutar la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2011, con número de recurso contencioso-administrativo 119/2008, que fue confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2014, recurso de casación nº 2380/2011.

SEGUNDO: En primer lugar, y siguiendo el orden de análisis propuesto por la recurrente, procede examinar la problemática vinculada a la existencia de una eventual desventaja competitiva para Telefónica de España SAU (TESAU) por la prestación del servicio universal durante el período 01/01/2003 a 04/11/2003, lo que nos conduce directamente al examen de la metodología empleada por la CNMC en su cálculo para adoptar la resolución impugnada.

No podremos compartir el planteamiento de TESAU en el sentido de que la resolución recurrida ha desconocido el hecho de que dicha mercantil sufrió una desventaja competitiva en el período indicado.

Nuestra afirmación se basa en las siguientes consideraciones:

1. En el examen de esta cuestión, hay que partir de un doble hecho admitido por todas las partes:

a) Nuestra sentencia de 24 de enero de 2011 impuso a la CMT, hoy la CNMC, la obligación de valorar y determinar si en la parte correspondiente del ejercicio de 2003, se produjo una desventaja competitiva para TESAU, obligada a la prestación del servicio universal.

b) La CNMC, en la resolución recurrida estima que no existió tal desventaja competitiva, siendo esa la cuestión litigiosa.

2. La jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Supremo confirma la existencia de un amplio margen de apreciación que corresponde a la CNMC para dotar de contenido al concepto jurídico indeterminado "desventaja competitiva".

3. En consecuencia, y de acuerdo con la misma jurisprudencia, el parámetro de control de la motivación de la resolución impugnada es el de su irracionalidad, arbitrariedad o la comisión de errores patentes y manifiestos, pero no la posibilidad de que este Tribunal la sustituya por una motivación alternativa (STS de 22 de julio de 2014, recurso de casación nº 2380/2011).

4. No existe ninguna presunción o indicio legal que vincule el carácter positivo del coste neto del servicio universal con la existencia de una desventaja competitiva sufrida por el prestador de dicho servicio universal.

5. Al contrario, el artículo 22.1 del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones, establece claramente que "la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determinará si la obligación de la prestación del servicio universal implica un coste neto y una desventaja competitiva o no, para los operadores que lo presten".

6. En estas circunstancias, la CNMC debe justificar la existencia o no de una desventaja competitiva y si TESAU, en su condición de recurrente y mejor situada para la defensa de sus derechos, considera que la misma existe, le corresponde la carga de la prueba. Ello es así, por disposición de los artículos 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicable al caso por razones temporales.

7. TESAU no solicitó la práctica de prueba alguna tendente a demostrar la irracionalidad, arbitrariedad o error patente de la resolución de la CNMC en cuanto al método de análisis seguido, limitando sus alegatos, a la mera discrepancia con el razonamiento de la resolución recurrida para poner el acento en la competitividad del mercado y la ausencia de actividad probatoria por parte de la CNMC para desvirtuar la presunción antes aludida.



8. Dado que la presunción invocada no existe y que no se combate la racionalidad de la metodología de la CNMC, sino sólo la sustantividad de su motivación cifrada en el hecho de que para TESAU existía una situación de equivalencia competitiva de los operadores en el sector, el recurso debe ser desestimado en este punto.

Todo ello, sin perjuicio de la valoración que realizamos a continuación respecto de los parámetros tomados en consideración para adoptar la conclusión sobre la inexistencia de la desventaja competitiva.

9. El hecho de que TESAU tuviera una cuota de mercado en ese momento del 39,3%, inferior por tanto al 40%, cifra recogida en distintas Directrices de la Comisión Europea como indicadora de una posición de dominio, no significa que necesariamente TESAU careciera de un poder de mercado significativo.

Ello es así, porque la superación del 40% de la cuota de mercado es solo una referencia indicativa, debiendo tomarse en consideración otros factores, como el hecho de que TESAU venía de ejercer un monopolio histórico cuya liberalización empezó en 1998, que el propio legislador impuso a TESAU la prestación del servicio universal y que la cuota de mercado de los nuevos competidores estaba muy alejada de la de TESAU.

El hecho de que el cálculo de la cuota de TESAU se hubiera efectuado teniendo en cuenta únicamente la telefonía fija y móvil, sin tomar en consideración las redes públicas en zonas no rentables, no puede desvirtuar la anterior conclusión, esencialmente por lo ya dicho sobre el carácter meramente indicativo de la cuota, sin que tampoco TESAU haya aportado dato alguno que evidencie que el cómputo de dichos datos en el cálculo de la cuota, hubiera tenido un impacto decisivo en la apreciación de la CNMC.

En definitiva, la progresiva disminución de la cuota de mercado de TESAU no puede atribuirse a la prestación del servicio universal, sino a la lógica de un mercado cada vez más competitivo.

10. El volumen de ingresos por cliente es un parámetro que, más allá de constatar el número de clientes con que cuenta cada operador, pone el acento en los ingresos que para operador reportan dichos clientes.

El resultado de dicha operación es claramente favorable a TESAU que ingresó en el período concernido una media de 543,66 euros por cliente, mientras que la media de sus competidores fue de 246.10 euros, lo que evidencia la fuerza que en esa época aún mantenía TESAU en el mercado y contradice la afirmación de TESAU en el sentido de que la capacidad competitiva de los operadores en esa época era equiparable. El hecho de que dicha cifra siguiera una tendencia decreciente, es, nuevamente, la consecuencia de la lógica de un mercado cada vez más competitivo.

11. El tercer parámetro empleado por la CNMC es el relativo a la eficiencia de las operaciones de TESAU con el resto de operadores para lo que emplea la metodología EBITDA, destinada a mostrar la imagen real de las pérdidas y beneficios de una empresa.

El EBITDA es un indicador financiero (acrónimo de Earnings Before Interest Taxes Depreciation and Amortization), que indica el beneficio bruto de una empresa antes de pagar intereses por la deuda contraída, impuestos propios del negocio, amortización de la inversión realizada y la compensación por deterioro.

Una de las propiedades del EBITDA es que permite la comparativa entre diferentes empresas y medir en términos homogéneos, que pueden ser expresados en porcentajes, su rentabilidad.

Según se indica en la resolución, TESAU alcanzó en el período controvertido un porcentaje del 52,1% y los demás competidores del 20%, cifras que muestran la clara diferencia de potencial de los distintos operadores, sin que el hecho de que los mismos hubieran aumentado sus capacidades respecto de los ejercicios anteriores muestre otra cosa que, como ya se ha dicho en epígrafes anteriores, el mercado se ha hecho más competitivo lo que no significa que los operadores estén en situación de equivalencia. El hecho de que TESAU fuera un operador inversor no supone el desequilibrio que la misma pretende, pues, a las dificultades que padecen los nuevos inversores frente al antiguo monopolista en un mercado recién abierto a la competencia, se añade la obligación para los mismos de pagarle al operador inversor el correspondiente precio para el uso de sus redes.

12. El último de los criterios empleados por la CNMC es el de los márgenes extraordinarios obtenidos.

La CNMC razona la aplicación de este criterio desde la constatación de que si la rentabilidad de TESAU no ha disminuido tras operar en el mercado con sus competidores y haciendo frente al coste del servicio universal, no existe desventaja competitiva.

Esta tesis tiene su apoyo en la jurisprudencia de la Audiencia Nacional (SAN de 21 de octubre de 2004, recurso nº 270/2002) citada por ambas partes, debiendo destacarse que la misma sentencia subraya que dicha carga debe ser relevante para justificar la existencia de una desventaja competitiva.

Puesto en relación este dato con los parámetros antes analizados, no observamos irracionalidad o falta de coherencia en la resolución impugnada, por lo que este motivo de recurso debe ser desestimado.



TERCERO: El segundo motivo de recurso se refiere al beneficio no monetario asociado a la imagen de la marca.

Tampoco en este caso podemos asumir los argumentos de la recurrente TESAU y ello por las siguientes razones:

1. Contrariamente a lo que afirma TESAU, la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2011, no impuso a la CNMC una metodología concreta para calcular el beneficio no monetario obtenido por TESAU como consecuencia de prestar el servicio universal, en concreto los informes periciales de TESAU y de la consultora Urbano .

2. La sentencia referida se limitó a anular la resolución recurrida en este punto por considerar que dichas pruebas periciales habían evidenciado importantes lagunas en el razonamiento del regulador, que no tomó en cuenta, ni el nivel de conocimiento de los usuarios en relación con el hecho de que TESAU prestaba el servicio universal, ni tampoco el hecho de que dicha valoración solo puede hacerse en zonas rentables ya que son las únicas en las que existe la posibilidad de optar por un operador o por otro.

3. La CNMC realiza un esfuerzo argumental notable para descartar el informe aportado por TESAU, esencialmente porque se trata de un modelo teórico que omite datos relevantes, sin que TESAU haya intentado desvirtuar su razonamiento poniendo de manifiesto su inconsistencia.

La anterior afirmación no es incompatible con la aseveración contenida en la misma sentencia por la que dio prevalencia a dicho informe respecto del inicialmente seguido por el regulador, pues lo único que la sentencia estableció es que el informe de TESAU evidenció graves errores en el razonamiento del regulador, sin que en ningún momento se afirmara que los criterios del perito de TESAU eran los únicos que podía seguir la CNMC en una eventual resolución de ejecución.

4. Desde la libertad de apreciación de la que dispone la CNMC, optó por apoyar su resolución en el informe pericial de ADL que no fue descartado por la sentencia de 24 de enero de 2011 y respecto del cual TESAU no ha acreditado que incurra en un defecto metodológico grave que pusiera de manifiesto su incoherencia o irracionalidad o que hubiera desconocido las dos bases establecidas en la sentencia. A saber: que debía determinarse el nivel de conocimiento de los usuarios en relación con el hecho de que TESAU prestaba el servicio universal y dicha valoración solo puede hacerse en zonas rentables.

5. En consecuencia, no puede TESAU imponer una metodología propia, como la que propone en su demanda, para sustituir a la que de forma respetuosa con la sentencia y en el marco de sus competencias estableció la CNMC.

6. Tampoco podemos acoger el motivo de impugnación alegado de forma subsidiaria, según el cual la resolución impugnada habría incurrido en una reformatio in peius, pues el beneficio por imagen de marca para el ejercicio de 2005 calculado con la nueva metodología resulta ser superior al establecido en la resolución de 29 de noviembre de 2007.

7. No resulta coherente el planteamiento de TESAU, como subraya la codemandada Orange, ya que no puede al mismo tiempo invocar las bondades de la resolución de 29 de noviembre de 2007 en lo que le beneficia y criticarla cuando le perjudica, cuando el motivo de la crítica es un error de metodología que afectaría a ambas situaciones.

8. La reformatio in peius, en caso de existir, debe apreciarse respecto de la globalidad de la resolución, por lo que no puede apreciarse en el supuesto, como el que nos ocupa, en el que se produce una compensación que da como resultado final una posición más favorable al recurrente que la que tenía inicialmente y ello con independencia de que en una concreta partida se haya producido un resultado más gravoso que el inicial (STS de 15 de noviembre de 2017, recurso de casación nº 2660/2016.

9. La anterior afirmación no queda desvirtuada por la alegación del TESAU en el sentido de que la reformatio in peius debe ser analizada pretensión a pretensión como se hace en el ámbito tributario. No existe norma explícita que así lo imponga, ni razón que lo justifique, pues la recurrente se ha limitado a invocar esa específica jurisprudencia. La recurrente olvida que en este caso nos encontramos ante una compensación económica respecto de la cual no hay obstáculo para un tratamiento global.

10. Dicho supuesto es sustancialmente distinto del analizado en la STS de 18 de julio de 2013 recurso nº 4143/2012 en unificación de doctrina aportada por TESAU, pues en las liquidaciones tributarias rige claramente el principio de la individualización de cada ejercicio como expresión de la regla tempus regit actum, aplicada como principio general a las relaciones jurídico tributarias.

En consecuencia con lo expuesto, debe desestimarse también este motivo de recurso.



CUARTO: El tercer motivo de recurso se refiere al beneficio no monetario asociado a la ubicuidad y al ciclo de vida.

Tampoco en este caso podemos asumir los argumentos de la recurrente TESAU y ello por las siguientes razones:

1. La sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2011 en su FJ 9 final, efectivamente justifica la anulación de la resolución de la CNMC de 29 de noviembre de 2007 en lo que a la ubicuidad se refiere, pero lo hace, esencialmente, por haberse apartado de la metodología seguida en ejercicios anteriores, apartándose del Informe de Audiencia. También por no tener apoyo en el informe pericial encargado por la CMT o el aportado por TESAU, sin justificar ni motivar adecuadamente la metodología aplicada ni las discrepancias con el contenido del Informe de Audiencia.
2. En ningún momento la Audiencia Nacional descalificó o avaló como única solución válida alguna de las opciones que le fueron presentadas y siempre recordó el margen de discrecionalidad del que goza la CNMC.
3. Dicha deficiencia ha sido corregida por la resolución impugnada que con todo detalle justifica la metodología seguida.
4. Nuevamente nos encontramos en un supuesto de ejercicio de poderes discrecionales por la CNMC, cuyo único límite es la racionalidad de su resolución y la coherencia del método empleado, extremos que TESAU no ha cuestionado ni ha puesto en evidencia.
5. Las partes interesadas fueron oídas sobre este extremo antes de adoptar la resolución objeto de recurso y sus alegaciones fueron objeto de respuesta motivada, singularmente las de TESAU, razón por la que debe desestimarse también este motivo de recurso ya que TESAU no puede imponer su metodología al regulador, aunque ésta sea razonable y coherente.
6. Por lo que respecta a la valoración de los clientes tenido en cuenta su ciclo de vida, nos encontramos en una situación similar a las ya analizadas.

En esencia, solo cabe decir que la sentencia de la Audiencia Nacional no impuso ninguna metodología ni anuló ninguna otra, pues así se desprende con toda claridad del FJ 12 de dicha sentencia, ya que la censura a la CMT se limitó a su falta de justificación de la metodología seguida

No se ha cuestionado tampoco en este punto la racionalidad o coherencia de la resolución impugnada, pues el propósito de TESAU no fue ese, sino sustituir la metodología empleada ahora por la CNMC por la suya propia, lo cual no tiene cabida en el ejercicio de nuestra función de control.

Por todo ello, este motivo de recurso también debe ser desestimado y con ello procede desestimar en su integridad el recurso.

QUINTO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la recurrente, parte vencida en este proceso, sin que se aprecien por la Sala la existencia de serias dudas que justifiquen un especial pronunciamiento sobre esta materia.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FALLAMOS

Desestimamos el recurso interpuesto y en consecuencia confirmamos el acto impugnado. Se imponen las costas a la parte recurrente. Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

"La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **notificación**; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta."